

РИЗИК В АЛЕАТОРНИХ ТА МІНОВИХ ДОГОВОРАХ

Статтю присвячено проблемам визначення місця ризику в алеаторних та мінових договірних конструкціях. Проаналізовано особливості алеаторних та мінових договорів. Зроблено висновок, що поділ договорів на алеаторні та мінові зумовлюється залежністю зустрічного надання і його розміру від майбутньої випадкової обставини. В алеаторному договорі ризик виступає юридичним елементом, умовою договору. Для мінового договору ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин.

Ключові слова: ризик, договір, алеаторний договір, міновий договір.

Статья посвящена проблемам определения риска в алеаторных и меновых договорных конструкциях. Проанализированы особенности алеаторных и меновых договоров. Сделан вывод, что разделение договоров на алеаторные и меновые обусловлено зависимостью встречного предоставления и его размера от будущего случайного обстоятельства. В алеаторном договоре риск выступает юридическим элементом, условием договора. Для менового договора риск является следствием уже существующих договорных отношений.

Ключевые слова: риск, договор, алеаторный договор, меновой договор.

The article is devoted to the problems of determining the place of risk in the aleatory and barter contractual constructions. The peculiarities of aleatory and barter contracts are analyzed. The conclusion is made that the fission of aleatory and barter contracts is conditioned by the dependence of the counter offer and its size from a future random event. In the aleatory contract, the risk acts as a legal element, condition of the contract. For a barter contract, the risk is the result of already existing contractual relations.

Key words: risk, contract, aleatory contract, barter contract.

Вступ. Побудова правової держави неможлива без розвинутого громадянського суспільства. У свою чергу, громадянське суспільство базується на свободі та рівності його членів, їх можливості самостійно врегульовувати свою поведінку. Відповідно, особливої ваги набуває договірне регулювання, оскільки договір є тим універсальним, загальноправовим засобом, здатним упорядкувати більшість суспільних відносин. Унікальність договору, як регулятора суспільних відносин, полягає в тому, що, з одного боку, він підпорядкований загальнообов'язковим правилам поведінки (нормам права) імперативного характеру, що поширюються на певну сферу відносин, де використовується договір. З іншого боку, сам договір, будучи інструментом приватного права, приносить у відносини, де він використовується, приватноправові засади врегулювання поведінки учасників таких відносин і містить обов'язкові правила поведінки для сторін, які його уклали. Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу, та, за своєю суттю, є волевиявленням сторін щодо несення ризиків.

Сам ризик у договірних відносинах може бути двох видів: алеаторний (коли ризик виступає юридичним елементом, умовою договору без якої, власне, такий договір не може існувати) і неалеаторний (ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин). Відповідно, договори за ознакою особливостей змісту зустрічного надання можна поділити на дві групи договірних зобов'язань: 1) мінові або комутативні договори (їх ще називають неалеаторні) – спрямовані на вчинення надання, яке чітко визначене самою підставою; 2) алеаторні договори – зобов'язання з нечітко визначеним наданням на момент виникнення зобов'язання. Кожна група зазначених договорів має свою специфіку, яка і досліджуватиметься в цій публікації.

Постановка завдання. Метою цієї статті є встановлення особливостей алеаторних і мінових (комутативних, неалеаторних) договорів та їх розмежування.

Результати дослідження. У сучасній науковій літературі вже досить усталеним є поділ договорів на алеаторні та мінові (комутативні, неалеаторні) за ознакою особливостей змісту зустрічного надання.

Система алеаторних (ризикових) договорів зумовлена їх підставами, предметом, суб'єктивним складом. Ризиковий характер договорів викликаний наявністю в них аномальних умов досягнення юридичної мети або підстави ризикового зобов'язання у вигляді обумовленої дією випадку невизначеності на момент виникнення зобов'язання загального розміру або існування зустрічного майнового надання. Ризикові зобов'язання мають тривалий, регулярний і особливо ризиковий характер, зумовлений ознакою алеаторності. Термін «алеаторний» походить від лат. «alea», що означає «гральна кістка, азартна гра, ризик, випадковість, небезпека, сміливе прагнення». Тому в цивілістичній науці алеаторними називають договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, який припадає від однієї сторони, залишається невідомим, доки не настане обставина, покликана його остаточно визначити [1, с. 226, 228].

Втім, хоча в спеціальних дослідженнях і домінує точка зору про оплатний характер алеаторних договорів, однак висловлюється і протилежна думка. Зокрема, таджицька вчена Т.І. Султанова зазначає, що не всі алеаторні договори носять оплатний характер. Як приклад вона наводить договір парі, вказуючи, що його учасники розуміють, що в кінцевому результаті виграш отримає тільки один із них, при цьому часник, який його надав, не розраховує на обмін наданнями. Тобто майновому наданні одного учасника парі не відповідає зустрічне майнове надання його контрагента. Встановлення оплатного чи безоплатного характеру алеаторного договору залежить від з'ясування спрямованості намірів сторін отримати зустрічне надання чи ні [2, с. 143].

І.С. Тімуш ризиковий (алеаторний) договір розуміє як орієнтовану на вдачу, збіг обставин, випадок тощо угоду, в якій загальний розмір чи можливість самого існування зустрічного надання на момент укладення договору невідомий, що поставлено в залежність від включеного до юридичних умов цього правочину випадкового юридичного факту (дія або подія) і може викликати негативний (програш, збитки, шкода), позитивний (виграш, вигода, прибуток) або нульовий економічний результат [3, с. 5].

Правова природа ризикових (алеаторних) договорів, як правочинів із зниженим ступенем ймовірності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання, зумовлена тим, що розмір чи саме існування зустрічного надання поставлено в залежність від ризику – випадкової обставини, включеної до умов договору. У спеціальній літературі зазначається, що ризиковий договір передбачає виникнення в однієї або обох сторін стохастично обумовленого обов'язку, що не тягне в подальшому реального виконання. Хоча однієї цієї обставини – залежності виконання зобов'язання від випадку – недостатньо для визнання договору алеаторним, оскільки будь-який договір містить певний розподіл ризиків. Алеаторність договору має місце тоді, коли цей розподіл поширюється на договірну рівновагу як таку. Тобто не тільки обсяг зобов'язань однієї чи обох сторін, а й економічний результат для кожної з них, який полягає в прийнятті зустрічного і наданні нею самою виконання, залежить в цьому випадку виключно від майбутньої випадкової обставини [4, с. 29]. Іншими словами, в самому договорі міститься умова, яка унеможливує точне визначення на момент укладення такого договору вигоди і збитків. А тому, укладаючи алеаторні договори, сторони певною мірою діють на вдачу.

Німецький учений Г. Райнер відмічає, що алеаторний договір укладається якраз заради самої невизначеності, що відрізняє його від мінових правочинів, яким притаманні правила про так званий розподіл ризику неможливості виконання зобов'язання. При цьому, на думку автора, втрата невизначеності в алеаторному правочині означає, що взаємне виконання втрачає сенс щонайменше для однієї із сторін. Та обставина, що сенс взаємних обіцянок сторін надати виконання повністю нівелюється із втратою невизначеності, надає ризиковому елементу в алеаторних договорах визначальний характер [4, с. 30].

Мінові та ризикові договори розмежовував у своїй роботі «Про походження та поділ зобов'язань» і В.О. Голевинський. Вчений зазначав, що взаємні договори поділяються на мінові та ті, які залежать від випадку. Міновим є договір, якщо платежі, до яких сторони взаємно зобов'язані, несуть кожній із них приблизно рівну вигоду. Таким, що залежить від випадку, або ризиковим, визнається договір, наслідки якого стосовно вигод чи втрат кожної із сторін (чи тільки однієї) поставлені в залежність від невідомої події. Практичне значення такого поділу договорів автор вбачав у тому, що для мінових договорів допускається, хоча і у виключних випадках, при-

пинення договору у зв'язку із його збитковістю. Для договорів, які залежать від випадку (*ризикових або алеаторних* – М. В.) таке припинення є неможливим, наскільки б великими не були втрати чи прибутки іншої сторони [5, с. 45].

Термін «ризикові правочини» містить сукупність чотирьох видів ризиків: 1) страхового ризику (страхова премія виплачується після настання страхового випадку, тобто ймовірної невідомої події або невідомої події з невизначеним моментом її виникнення); 2) алеаторного ігрового ризику (право на виграш обумовлене задоволенням егоїстичних почуттів – азарту тощо, і настанням штучно відтвореної випадкової ситуації за умов азарту); кожен із цих ризиків входить до юридичного змісту (структури) відповідного ризикового зобов'язання; 3) алеаторного спекулятивного ризику (право на виграш обумовлене спекулятивними мотивами за рахунок гри на зміні курсів фінансових активів (акцій тощо) і настанням об'єктивно існуючої випадкової ситуації внаслідок коливання ринкових цін (біржових і позабіржових) на товар); 4) алеаторного неігрового ризику (вчинення рентних платежів протягом життя отримувача ренти; виникнення запланованого науково-технічного результату залежить від випадку – творчої вдачі (шансу) вченого) [6, с. 75].

У зв'язку із цим традиційно ризиковими зобов'язаннями визнаються договори ренти, страхування, довічного утримання, договори гри, парі, лотереї, окремі зобов'язання з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, біржові угоди тощо. До алеаторних також можна віднести договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Разом із тим у наукових дослідженнях можна зустріти й іншу позицію. Зокрема, Т.І. Султанова, констатуючи віднесення цивілістичною доктриною до алеаторних договорів гри, парі, лотерею, тоталізатор, страхування, довічне утримання, строкові біржові угоди тощо, піднімає питання про доцільність об'єднання зазначених договорів у групі алеаторних. На її думку, щоб говорити про вказані договори як алеаторні, необхідно, щоб вони мали особливий, єдиний для всіх правовий режим. Втім, на підставі аналізу законодавства Республіки Таджикистан авторка приходить до висновку, що єдиний правовий режим мають тільки договори гри і парі, оскільки їх сторони позбавляються судового захисту у випадку невиконання чи неналежного виконання договору. Звідси, оскільки іншого особливого правового режиму, який би застосовувався до всіх договорів, що визнаються наукою цивільного права алеаторними, законодавством не передбачено, то й власне алеаторними договорами є договори гри та парі [2, с. 148].

Навряд чи можна погодитись із зазначеною позицією, виходячи з наступного. Дійсно, і ми абсолютно солідарні з думкою Т.І. Султанової, що дослідження алеаторних договорів дозволяє виявити притаманні тільки їм якості, що створює можливість виділити їх в окремий самостійний різновид у системі цивільно-правових договорів. Таке виділення буде мати сенс за умови наявності практичної потреби. І така практична потреба полягає в необхідності встановлення певних правил, спільних тільки для договорів цього різновиду. Тобто щоб самостійність алеаторних договорів мала певну практичну цінність, необхідно виявити потребу таких договорів в особливому правовому режимі, єдиному для всіх них [2, с. 148]. Проте зводити особливість правового регулювання алеаторних договорів тільки до позбавлення сторін судового захисту у випадку невиконання чи неналежного виконання договору чи неможливості зміни або розірвання договору за рішенням суду на підставі істотного порушення договору другою стороною є занадто звуженим розумінням особливого правового режиму.

Єдиний правовий режим розуміється як певний порядок регулювання, який виражений у комплексі правових засобів, що характеризують особливе поєднання взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язувань і створюють особливу спрямованість регулювання того предмета (явища), щодо якого він встановлений¹ [7, с. 243]. Як уже неодноразово зазначалось, невизначеність складає зміст алеаторного договору і, на нашу думку, саме невизначеність зумовлює той правовий режим, що має застосовуватись до алеаторних договорів. Зокрема, існування зустрічного надання та його розмір (економічний результат для кожної із сторін договору) поставлені в залежність виключно від майбутньої випадкової обставини. Більше того, відсутність невизначеності в алеаторному договорі може слугувати підставою для визнання його недійсним

¹ Султанова Т. І. також посилається на зазначене визначення поняття «єдиний правовий режим» на с. 148 у публікації «Правова природа алеаторних договорів і їх місце в системі громадянсько-правових договорів». Див.: Султанова Т. І. Правова природа алеаторних договорів і їх місце в системі громадянсько-правових договорів. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(19). С. 140-150.

як такого, що суперечить чинному законодавству. До речі, така теза вже висловлювалась в науці і зазначалось, що відсутність ризику в алеаторному правочині тягне його нікчемність [8, с. 12].

Окрім того, наявність у змісті алеаторного договору елементу невизначеності становить інтерес принаймні для однієї сторони, що і спонукає її вступити в такі договірні відносини. І, звичайно, особливістю таких договорів, у переважній більшості, є неможливість їх припинення з підстав збитковості. Зокрема, як відмічав О.С. Йоффе, алеаторними зводяться договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, належного від однієї із сторін, залишається невідомим, доки не настане обставина, що остаточно його визначить [9, с. 295].

Із цього приводу, слушною видається думка І.С. Лі, який, здійснюючи дослідження застосування алеаторних механізмів у цивільному праві, зазначає, що в структурі алеаторного механізму наявні два елементи: 1) надання сторонами правового значення ризику (перикюлярність); 2) відсутність правового захисту зобов'язання (натуралізація). Отже, як резюмує автор, реалізація алеаторного механізму зумовлена наявністю елементів перикюлярності і натуралізації в сукупності [10, с. 8].

Означене дозволяє стверджувати, що правовий режим, що поширюється на алеаторні договори, зумовлений вказаними їх особливостями і полягає в установленні такого порядку регулювання, в якому взаємодіючи між собою дозволи, заборони та позитивні зобов'язування спрямовані на розподіл ризику, що впливає на договірну рівновагу. При цьому під ризиком, що впливає на договірну рівновагу, необхідно розуміти залежність зустрічного надання і його розміру від майбутньої випадкової обставини та неможливість їх припинення з підстав збитковості.

Для неалеаторних договорів, як зазначалось вище, ризик є не їх юридичною умовою, а «зовнішнім» фактором, що лише супроводжує таке договірне зобов'язання. Сам договір та його виконання не залежить від неалеаторного ризику і може існувати за його відсутності [1, с. 108].

Неалеаторні (мінові, комутативні) договори, на відміну від алеаторних, у своєму змісті мають міновий елемент, під яким розуміється обмін реальними виконаннями. Саме цей елемент дозволяє відмежовувати міновий (неалеаторний) договір від ризикового (алеаторного) [4, с. 29]. Разом із тим Г. Райнер вказує на дихотомний характер поділу договорів на алеаторні та неалеаторні, зазначаючи, що поняття мінового та алеаторного договору є взаємовиключними. Лише у випадку, коли зміст договору залежить від наявності невизначеності, припустимо назвати ризик предметом договору, якщо хочеться вказати на алеаторність такого договору. У протилежному випадку неможливо буде зрозуміти, породжується ризик самим договором чи зовнішніми обставинами. Адже, як відмічає автор, будь-який договірний ризик, притаманний як алеаторним, так і міновим договорам, є, з одного боку, породженням договору, оскільки впливає з домовленості і реалізується під час виконання зобов'язань, а з іншого – приходить зовні, якщо за волею сторін доля зобов'язань за договором ставиться в залежність від певної зовнішньої події чи обставини [4, с. 31].

О. Андреева зазначає, що договірне зобов'язання, окрім алеаторного, супроводжується ризиком на всіх етапах його існування. Виходячи із цього, авторка розглядає договір як засіб подолання законодавчої невизначеності, що включає в себе не лише приватноправові принципи свободи договору, свободи підприємницької діяльності, а й загальну методологічну базу цивільного права, яка оперує диспозитивним методом правового регулювання, використовуючи котрий сторони можуть самостійно врегульовувати свої відносини і визначати зміст договірного зобов'язання [11, с. 98].

Загалом погоджуючись із висловленою позицією, необхідно відмітити, що названі принципи також мають певні межі їх застосування. Регулюючи за допомогою договору розподіл неалеаторних ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору), сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

У наукових дослідженнях відмічається, що алеаторні елементи можуть включатись до умов договорів, які є звичайними домовленостями майнового обігу (мінові договори). Так, обов'язок продавця за договором купівлі-продажу передати товар покупцю буде стохастично зумовленим, оскільки існує ризик втрати чи пошкодження такого товару. Втім, будь-який договір супроводжує ризик того, що зобов'язання будуть виконані інакше, ніж сторони передбачали на момент його укладення. У таких випадках на момент виконання зовнішні обставини, які впливають на виконання зобов'язання і змінюють його характер, не співпадають з обставинами, з яких виходили сторони на момент його укладення. Причиною цього може бути невизначеність майбутнього та/або неточність при описуванні предмету договору. Тому і робиться висновок, що будь-який договір є засобом розподілу ризику, інша справа – чи усвідомлюється цей ризик сторонами такого договору [4, с. 29].

Не менш важливим питанням поряд із проблемою розмежування договорів на ризикові та мінові є питання несення ризику, тобто визначення підходів до розподілу ризику між сторонами в названих договорах та їх особливості.

На сьогодні підходи до розподілу ризиків в алеаторних договірних конструкціях у переважній більшості є напрацьованими і зрозумілими. Так, наприклад, у договорі страхування як юридична умова закріплюється зв'язок обов'язку страховика здійснити страхову виплату на користь страхувальника чи іншої особи із страховим випадком, який невідомо чи настане. Тобто сторони чітко розуміють ризиковий характер такого договору і, більше того, укладають цей договір саме через бажання певним чином розподілити наслідки окремих ризиків. Тому в алеаторних договорах розподіл ризиків не залишається поза увагою його сторін. Що ж стосується неалеаторних (мінових, комутативних) договорів, то «латентність» ризиків, які супроводжують ці договори (ризик випадкової втрати предмету виконання договору, ризик невиконання чи неналежного виконання договору тощо) призводить до того, що сторони дуже часто «забувають» визначити в договорі підходи до розподілу таких ризиків, узгоджуючи, в першу чергу, умови щодо предмету, ціни, строків. Зрозуміло, що в таких випадках під час настання негативних наслідків ризику використовуються загальні правила, що діють за замовчуванням. Але не завжди використання таких загальних правил речового чи зобов'язального права дозволяє справедливо розподілити ті ризики, які виникли в конкретних договірних відносинах. Тому особливої актуальності набуває питання несення ризику, яке потребує подальшого вивчення.

Висновки. Таким чином, поділ договорів на алеаторні та мінові (комутативні, неалеаторні) зумовлюється залежністю зустрічного надання і його розміру від майбутньої випадкової обставини. Практичне значення такого поділу полягає в необхідності встановлення єдиного правового режиму, що поширюється на ті чи інші договори та дозволяє застосувати певний порядок їх регулювання. Втім, поряд із питанням розмежування алеаторних та мінових договорів важливе значення має і вирішення проблеми несення ризику. Тому пошуки в даному напрямі наразі є перспективними.

Список використаних джерел:

1. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посібник / Київськ. нац. ун-т; Відп. ред. Р.А. Майданик. К.: Юстиніан, 2007. 912 с. (Серія «Аномалії цивільного права»).
2. Султанова Т.И. Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(19). С. 140–150.
3. Тімуш І.С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2004. 18 с.
4. Райнер Г. Деривативы и право. Пер. с нем. Ю.М. Алексеев, О.М. Иванов. М: Волтерс Клувер, 2005. 496 с.
5. Голевинский В.О. О происхождении и делении обязательств. Варшава: типография Осипа Бергера. 1872. 302 с.
6. Волосенко І.В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис... кандидата юрид. наук: 12.00.03. К., 2011. 204 с.
7. Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. 320 с.
8. Саватье Р. Теория обязательств. М.: Прогресс, 1972. 440 с.
9. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / Отв. ред.: Юрченко А.К. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. 310 с.
10. Ли И. С. Применение алеаторных механизмов в гражданском праве: дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2015. 200 с.
11. Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2013. № 95. С. 96.